

# Os tempos que se seguem em medicina.

## O meta-consentimento versus resiliência do individualismo: o filtro da recusa [\*]

João Vaz Rodrigues [\*\*]  
vaz.rodrigues@vrpcsc.com

“Dou por mim no mundo e percebo que tenho um único direito:  
exigir comportamento humano ao meu próximo”

Frantz FANON [\*\*\*]

### Resumo

As relações dos profissionais de saúde dependem do entendimento das mensagens, i.e, do esclarecimento dos pacientes. A emancipação efectiva, fiável, surge como um objectivo individual e como expectativa do que se pode esperar do nosso semelhante: que a sua autonomia se consagre e nos permita agir igualmente, *à nossa maneira*. Ora, todas as dificuldades daquela fase acabam por se projectar na eficácia da segunda, mas esta, deve abandonar a mera outorga de formulários, mas outrossim, registando, garantir o discernimento, a suficiência da informação e a manifestação da vontade. É algo mágico: daqui a opção por um *elixir da recusa*.

**Palavras-Chave:** consentimento esclarecido; manifesto contra formulários; o elixir da recusa.

### Abstract

The patient's health professionals relationship depends on the understanding of messages. An effective reliable emancipation emerges as an individual objective and aim of what can be expected of our *neighbour*: that autonomy will be preserved allowing acting in *our own way*. Now, all the difficulties of the first moment end up on the effectiveness of the second, but to reach the second level we must leave the classical consent forms moreover, recording, ensuring the insight, the adequacy of information and the expression of the will. It's something magical: hence the choice of an elixir of refusal.

**Key-words:** Informed consent; insight; the patient's elixir of refusal.

### I. Nota Introdutória: Uma estória, duas estórias... adiante: o mesmo mote.

Estas linhas pretendem traduzir alguns tópicos reflexivos sobre a realidade da vivência relacional entre o cidadão comum, ora diante designado *paciente*, e os serviços de saúde, em sentido prospectivo. Está ad-

quirido que em regra e por regra preexiste um *não tocar, não mexer, sem explicar e saber previamente da não oposição*. Mas explicar e entender não podem ser apenas requisitos formais, nem devem empecilhar imperativos, sejam de significados, sejam de actuações. Por seu turno, o tempo —sempre escasso, sempre precioso— rareia e a actuação médica inicia uma releitura do que é a acção sobre tutela da evidência,

para, com a vertigem científica, mostrar uma idiosincrasia biológica crescente. Sucede assim que a Ciência médica descobre progressivamente uma individualidade que veste com desconforto as soluções, petrificadas em protocolo, apurada a singularidade humana [1]. Perante as diferenças que se descobrem crescem igualmente as alternativas. A intervenção médico-medicamentosa tende a ser casuística. Perante este exercício de *alfaiate*, a estrutura organizacional dos pesados Hospitais é confrontada com respostas múltiplas, e pergunto eu: com esclarecimentos também múltiplos? Insisto: A par e passo? Está bom de ver que as resistências tornam a multiplicar-se. Trata-se de apontar o desejo profundo de encontrar uma linha de simplificação que previna uma evitável repetição de *actos calados*: — pior do que o silêncio é o desprezo e, em seguida, o engano. Este, é pernicioso mesmo que involuntário.

### I.1. O mote: *Nota bene*

Vem o seguinte parágrafo introdutório de uma anedota mais completa na qual um *snob* inglês culminou uma série de mal-entendidos linguísticos —em que pretendeu dar-se *ares* de domínio de outras línguas—, despedindo-se do seu interlocutor com a expressão italiana: *nota bene*, ao invés de usar *buona-sera* ou *buona-notte*. O atrevido inglês —ao caso pouco importa a *inocência displicente*— fornece-me o aviso: *nota bem* invoca a atenção e o cuidado; qualquer atenção e qualquer cuidado. Mas o alerta ou o pedido de atenção e cuidado afiguram-se bastantes, servem para encontrar lugar cativo em muitos *quadros*. *Nota bem* ajusta-se perfeitamente a uma —original— fórmula de despedida, tal como de cumprimento, de apresentação. Para lhe encontrar adaptabilidade hermenêutica basta não ser insensível literariamente. Em suma: posso recuperar a expressão e recheá-la do exacto sentido com que foi formalmente *disparada* na anedota, desconstruindo o mal-entendido. Os recursos linguísticos não são para ser menosprezados. Contudo, em medicina, os mal-entendidos constituem uma constante fonte de preocupações, de desvios, de precipícios, de erros, tantas vezes fontes de efeitos adversos, quando não de negligências mais sérias. Ori-

undo do alcantilado caminho do Direito da Medicina, sinto como fascinante persistir na tarefa de Sísifo que é procurar desvendar e circunscrever os múltiplos segredos em torno das vias comunicacionais: expressão e entendimento; persuasão e regulação. Terreno inesgotável, seja pela componente da *socioterapia* [2], como dos requisitos mais psicológicos para o esclarecimento individual [3], nas temáticas tecnológicas ou nas demais dos domínios: social ou antropológico [4], institucional [5] ou jurídico. Basta mirar as várias temáticas dos vários painéis possíveis de qualquer congresso ou seminário, sobre qualquer tema de natureza técnica ou social, para rapidamente associar como possível uma abordagem em que uma (in)compreensão como a que subjaz à facécia descrita ocorra ou permita uma intervenção sobre o assunto. Uns parágrafos problematizantes. Eis o fulcro da razão de ser do ânimo destas linhas: — o entendimento da mensagem e uma solução possível para as dificuldades das manifestações da vontade. A emancipação efectiva, fiável, surge como um objectivo individual e como expectativa do que se pode esperar do nosso semelhante: que a sua autonomia se consagre e permita agir igualmente, *à nossa maneira*.

#### I.1.i. A constelação normativa

Vale a pena repetir —com o que de bom se consiga retirar da litania— o preceituado no ordenamento jurídico, logo no seu *regime universal* (como que uma matriz constitucional mundial) da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHBio), art. 5.º, que, como *regra geral* a este respeito, determina:

«Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida.

A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como quanto às suas consequências e aos seus riscos.

A pessoa em causa poderá, a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.».

Esta proclamação, como impõem as boas regras clássicas sobre produção legislativa, são tendencialmente *universais* (o bem jurídico subjacente possui validade e carece de protecção em qualquer lugar), *abstractas* (resulta da identidade de interesse na incolumidade da esfera físico-psíquica ambiental de cada ser humano), e é *geral* (decorre de e para cada ser humano). Resta agora apurar se é igualmente *coercível*, isto é, se além da censura de ordem moral e/ou ética, a densidade da respectiva valoração recebe protecção institucional. Neste cadinho, dentro do ordenamento jurídico português, a resposta é assertivamente positiva. Os valores sociais aqui em causa são acarinhados no crivo mais *exigente* das disciplinas jurídicas: o Direito Penal. O Direito Penal, como é consabido, é um último reduto, exactamente onde paira o carácter retributivo da mais forte censura sobre os desvios comportamentais: a *ameaça* de perda da liberdade, em abstracto, como consequência da condenação. Os tipos de crime exortam os cuidados mais extremos, um domínio da dogmática, a análise mais pensada e a hermenêutica mais apurada. Neste campo e no que me move, devo escrever *nota bem* para o *triângulo de ouro* formado pela análise entrelaçada dos arts. 150.º, 156.º e 157.º. O art. 156.º do Código Penal determina para os profissionais de saúde que visem uma actuação —tendencialmente terapêutica [6]— e de acordo com as *leges artis* (*apud* art. 150.º do mesmo diploma) a necessidade de obterem o prévio consentimento, cuja validade depende de esclarecimento [7]. Eis as coordenadas em que tentarei enquadrar mais alguns desenvolvimentos.

## I.2. A *cegueira* da imagem do espelho: o *falso espelho* de Magritte [8]?

Não espanta a reacção institucional dos legisladores e dos Tribunais perante os casos em que a bondade constitui forte condicionamento da mera excepcionalidade em que se desenvolvem os privilégios de

actuação, seja informativa, seja terapêutica, seja omissiva, mas sempre além do imperativo da vontade autorizante do próprio visado [9]. É consabido que a comunicação —também em saúde— só faz sentido perante o esclarecimento, pelo que a defesa do problema ínsito ao requisito para uma qualquer interacção de natureza físico-psíquica-ambiental em outrem —fora da excepcionalidade da presunção hipotética de beneficência ou da decisão forçosamente substituída por insuficiência de discernimento: real, judicial ou legalmente determinado— pode perfeitamente ser ilustrada com a seguinte estória metafórica: — o paciente e os serviços médico-medicamentosos funcionam entre si um pouco como os serviços de *marketing*, vendas e informações dos veículos automóveis.

A necessidade de transporte conduz o consumidor junto do *stand*, ambicionando compra, e aqui, em um primeiro momento, é feita a aproximação das necessidades e o elogio do modelo automóvel tido por adequado. Se o modelo possuir espelhos retrovisores rebatíveis, com desembaciadores, retroiluminação e comandos internos, isso será muito provavelmente sublinhado e mesmo enaltecido na comunicação presencial do processo de sedução e venda. Em uma segunda fase, perto ou logo após a aquisição, existe o Manual para esmiuçar informações complementares sobre as funcionalidades...

Se, numa terceira fase, após a aquisição, se verificar um acidente que cause a morte de um motociclista a ultrapassar no *ângulo morto* da visão facultada pela plena utilização do retrovisor [10] fica um sabor amargo sobre se a omissão da informação desse pormenor da falta de cobertura da visão dos *retrovisores sofisticados* não transformou o(s) enaltecimentos anteriores em *publicidade menos completa, a suscitar enganos* [11]. E qual será o grau de conexão adequada entre a omissão da informação e o resultado desejável que é evitar o pior (?). A adequação —causa|dano— para centrar a responsabilidade material pelo ocorrido nas deficiências informativas constitui um *quebra-cabeças* em que a judicial resposta será provavelmente negativa. Mas a escolha dos mecanismos de segurança em veículos e os acidentes de viação (tal como os da navegação aérea, etc.) não foram escolhidos por

acaso. Situam-se entre os paralelismos clássicos para procurar emoldurar comportamentos/acções e cautelas adequados a evitar os efeitos adversos dos *erros* e das *gêmeas* negligências. E Tribunais existem em que a responsabilização modificou comportamentos. Existe muita literatura sobre a evolução securitária das várias actividades de risco [12].

Compreende-se que o técnico vendedor afaste acidentes do seu discurso de persuasão, e, que as empresas automóveis, confrontadas com o alarme explícito da existência de um sector *invisível* no ângulo de cobertura dos espelhos, endossem para os manuais uma referência de cautela sobre o manuseamento ou para a habilitação de condução. Segue às urtigas a sobrexcelência dos espelhos rebatíveis, com manuseamento interno, iluminação e ângulos quebrados, *blá, blá*. Aos envolvidos no acidente resta-lhes o velório, as seguradoras, os tribunais e a oficina (talvez psiquiatria ou medicação antidepressiva também, para afastar a angústia dos vazios provocados pelas ausências; ou o fardo dos *cadáveres às costas*). O quotidiano, espera-se, fará tudo reentrar nos seus eixos. O tempo esbaterá talvez a questão até que as medidas securitárias invadam os requisitos de fabricação [13].

Também na relação médico-medicamentosa, onde ora diante incluo os demais cuidados de saúde (gerontes, etc.), existe alguma similitude: um qualquer quadro de necessidades e vulnerabilidade e de doença despoleta o correlativo *manual de procedimentos* adequados, para onde se remetem *conexões*. Em, suma, ilustrando: perante determinados sintomas o melhor é aplicar um meio complementar de diagnóstico [cuja invasão e riscos colaterais sejam mais ou menos baixos [14]], uma eventual biópsia complementar [cirurgicamente invasiva (?)], uma terapia (mais ou menos) experimental para aferir se o organismo, devidamente estimulado (incluindo os eventuais efeitos colaterais da medicação), reage, debelando ou atrasando o epitáfio de um *iter* terapêutico frustrado; ou as cirurgias, com todas as implicações associadas e por regra não dissociadas. A cirurgia aparece por regra isolada, como solução cuja eficácia raramente rivaliza com outra hipótese (menos tempo e persistência ou actuação de menor regressividade e/ou paliativa); e também como regra se omite o prévio e o posterior, seja,

por ex.º, a anestesia, sejam as sequelas inevitáveis ou possíveis. E se, de todo, se excluir o que é óbvio ninguém se admira. Sabe-se existirem pequenos e grandes momentos de desconexão humana, as falhas, os lapsos, as reacções imprevistas, as manifestações fisiológicas sem evidência (as que parecem depois tão simples, caso pudessem ter sido adivinhadas). E assim por diante. Todavia, quando ocorrem, suspeitam-se negligências tanto mais imperdoáveis quanto a proximidade. Tal como o ciúme: mudam-se os *óculos* e convive na mesma estória a mais sórdida traição com a mais extraordinária paixão: pertence ao *leitor a escolha*. A responsabilização pela adequação entre um dano e a causa da informação que seria de ser aquilataada pode ainda demandar um curso mais tortuoso (basta pensar que se tudo correu, pergunta-se: — por que se vai aborrecer quem calou e, assim, evitou angústias?).

A questão não está, obviamente, no que é correcto fazer segundo o estado da ciência; a questão está na decisão sobre o que quero eu fazer perante o que me oferece o estado da ciência. Eis o nó górdio. Aparentemente simples de enunciar, não se oferece nada simples para se dissolver.

Os profissionais de saúde *vendem* as intervenções médico-medicamentosas e de cuidados; remetem para os papéis, sejam os manuais científicos, protocolos de evidência ou de conduta, sejam os *títulos de crédito* do consentimento; e perante uma sequela (que ninguém deseja, claro está), a reacção transforma-se em efeito adverso [15]. Outras vezes é aparentemente o oposto: perante soluções possíveis de adiamento do momento da morte, torna-se necessário ponderar decidir colocar um ponto final no que seja um encarniçamento espúrio e prejudicial (no mínimo pela utilização de recursos escassos) da persistência de vida meramente artificial; e pode receber esta decisão a oposição —colateral— dos entes queridos do paciente; ou exigir a reinterpretção da manifestação da vontade expressa por este: — faça tudo o que puder por mim.

## II. O meta-consentimento

O ambiente que antecede constitui o terreno ideal para a defesa do meta-consentimento [16]. De que trata esta fórmula?

Em termos mais radicais —e reais— trata-se da satisfação com uma concordância genérica, eventualmente decorrente da presença do paciente junto dos profissionais de saúde, quando carente de uma intervenção ou a manifestar o ensejo para que a mesma se verifique, se a intensidade terapêutica for menor. Algo mais agressivo resolve-se com uma assinatura em papel. Para informar bastará afirmar-lhe a possibilidade de perguntar, querendo. Os pormenores são tão variáveis, de tal forma *elásticos*, que a sua omissão ou preclusão ficam a coberto da fórmula inicial de aquiescência com o desejável desejado. Bastam ao meta-consentimento três *temas* de premissas para se justificar:

### II.1. O médico e o monstro versão 2: os profissionais de saúde e os monstros

Pelo lado médico, a constatação da existência de uma fortíssima componente tecnológica, conduz a que a mais singela intervenção determine permanentes doses de experimentação, de acordo com as reacções imprevistas do paciente e do desenvolvimento da doença ou do alcance da intervenção (se o que se pretende se situa em campo de menor, mesmo escassa, intensidade terapêutica). Isto inibe que se discorra sobre eventualidades, sobre alternativas, sobre infaustos. Vislumbro uma desnecessidade de especular sobre o que se pode mostrar como mera químera. Existe ainda o limite tenebroso das excepções, que cruzadas com as demais limitações constroem aberrantes histórias na vida real [17]. Tudo é experimentação porque assim acontece com o ser humano.

### II.2. E deu ordem o Marquês de Pombal para que fossem entregues ao Teatro Anatómico da Faculdade de Coimbra todos os cadáveres, obrigando a consentir ‘quaisquer pessoas que quizerem repugnar à entrega’...

Pelo lado institucional (hospitais e laboratórios), corre uma prudência ínsita ao que sejam comportamentos escrutinados e submetidos a constantes protocolos de actualização, *qb*. Mas não se pode deixar de conviver com a racionalidade realista da escassez de meios humanos e técnicos disponíveis (sendo certo que a tecnologia oferece tantas vezes soluções materiais para os óbices, mas soluções a preço incomportável ou de todo inacessíveis). Isto permite dar como adquirido um endosso para um exercício rígido (desde que aceite pela comunidade dos pares como correcto ou razoável), eventualmente mínimo, sem apresentar alternativas ao paciente, ainda que estas alternativas se situem fora da bolsa ou da instituição. Justifica ainda o silêncio e a persistente afirmação: — Não há tempo!

### II.3. — O Dr. disse-me que isto das dores são baleias que tenho na cabeça...;

— *Oh! Senhor, não serão cefaleias!?*

— *Hum!?! E não é o mesmo?*

Pelo lado do paciente, é notória a vulnerabilidade agravada pela especificidade das suas incompreensões de *profano* [18], que colocam em cima da mesa o risco de aquela o remeter para a mesa do Teatro Anatómico, mas, até lá, é a relação de uma confiança ressuscitada a que merece investimento [19]. Isto justifica o preconceito: não vale a pena explicar, não vai entender!

Existem, por seu turno, omissões que se justificam em termos meramente retóricos. Dou ex.º: porque hei-de induzir os efeitos ao dizer: — isto costuma dar dores sérias!?! Quando possuo alternativa: — se sentir algum incómodo não se alarme e não hesite em chamar.

\*

Assim, o campo do exercício da medicina recebe os ventos de uma ética renovada, onde impera o que se mostre necessário com pragmatismo e realismo, mas, afastando-se de qualquer deliberação dos exageros utilitaristas. Como a respeito da doutrina cautelosamente exposta por Diego Gracia, afirma Elma Zoboli:

«A ética do século XX recuperou conceitos clássicos como ‘racionalidade prática’, ‘deliberação’ e ‘prudência’. Na clínica, a imposição deu lugar à autogestão, e os hábitos deliberativos tornaram-se essenciais. A deliberação moral é a consideração dos valores e deveres intervenientes nos fatos concretos para conduzir a situação de maneira razoável e prudente. Sua racionalidade não é idealista, pragmática ou utilitarista, assim, não visa à decisão ideal, certa ou que maximize os resultados, mas busca soluções prudentes» [20].

Aflorei já em nota de rodapé que o terreno da medicina, delimitado pela vontade do paciente é bastante mais curto do que aparenta, se bem que imperativo. Posso assim invocar —momento de humor— a perplexidade da questão da filha de Carl Schmitt sobre a razão de ser de se chamar Terra a um planeta cuja predominância é a água [21]. E dar como solução da aparente perplexidade a resposta da existência de um muito atraente paralelismo com o que seja a teoria do Direito Penal do inimigo de Günter Jakobs [22], nesse sentido invocador de que perante o estado de excepção —actuação em guerra— torna-se importante não perder o *norte* do Estado de Direito dentro de fronteiras, mas para o exterior torna-se aceitável (legítimo?) abandonar as garantias decorrentes dos princípios fundamentais de Direito. Questão profundamente controversa e incómoda, esta da actuação em situação de guerra. Perigosa mesmo. É esta incomodidade que importa invocar como problema que invade o nosso quotidiano, sobretudo em matérias outras do que aquelas para que foi teorizada [23].

#### II.4. «...Quando fui para namorar / minha Mãe deu-me uma panela / quando fui para casar / minha Mãe bateu-me com ela...»

O meta-consentimento acaba por se circunscrever à decisão propriamente dita: mais à finalidade do que à sua teleologia. Explico onde ambiciono inserir a diferença: - se eu afirmar que pretendo contrair matrimónio, subsiste ainda a sublimação dessa intenção, na interrogação sobre a sua razão de ser. Trata-se de uma paixão? Do culminar de uma relação prévia duradoura? De uma solução pragmática para garantir os meios de protecção social após a morte de um dos cônjuges? De uma intencional precaução sobre equidade na distribuição dos bens em futuras heranças? Ou, prosaicamente, de um *golpe-ao-bau*? À finalidade pretendida assistem teleologias múltiplas, todas em planos que viabilizam justificações. De diferença em diferença se explicam diferentes comportamentos em matrimónios que decorrem do mesmo tipo: — casamento.

A resposta poderá satisfazer outras interrogações sociológicas —e é bom que se coloquem— mas o campo ético —onde os véus de moralidade não devam obnubilar a actuação jurídica— coloca uma luz nua e crua de indiferença nos caminhos. Para o meta-consentimento importa apurar a finalidade e a legitimidade da teleologia. Menos o caminho do que o destino: de rumo a Roma, portanto.

Fica bem clara a tentação e a similitude —agora alargada— com o território conceptual do *Direito dos Amigos v.º Direito dos Inimigos*. Para Diego Gracia, como para o campo sociológico e jus-filosófico existe ainda uma *nuance*: — a subjectividade da persuasão, seja em *abordagem dilemática* onde impera a probabilidade ou a utilidade como resultado de formalidades cumpridas, seja no plano da *abordagem problemática* onde os problemas se submetem a contraditório, logo que descobertos, por entre os possíveis concomitantes. Em rigor, em qualquer uma das abordagens, subsistem deliberações e conseqüentemente graus prévios de comunicabilidade, de respeito, e daqui a persuasão. É igualmente certo de que muito *litígio* decorre do facto de se desconsiderar que a 1.<sup>a</sup> abordagem redunde por regra na 2.<sup>a</sup>. Se os profissio-

nais de saúde se deparam com uma decisão em que se confrontam valores (vg., saúde contra vontade: indicação de cirurgia habilitada a prolongar a vida; mas em que o crédito de tempo provável em causa é tido pelo visado como desprovido de qualidade). A abordagem do conflito dilemático poder gera —no conflito— uma indiferenciação de valores; o juízo de valor é apresentado muitas vezes sem curar das *contradições conviventes*: — que belo dia este (refere-se o narrador a dia muito frio com um nevão)! Gerando duas premissas de facto consequentes, contraditórias, mas coerentes (uma beleza perigosa). Um literário e inteligível oximoro.

Tanto impõe esmiuçar as premissas para que os factos e os valores se reúnam e sendo susceptíveis de serem discutidos, possuam aceitabilidade para tentar fundar uma decisão (vg. não pretendo que o meu filho menor receba sangue, por força da minha convicção religiosa). A decisão está fundada mas a densidade ética contrária impede a eficácia. Porquê? Porque existe uma colisão com legitimidade superior para a protecção da vontade substituída de um terceiro.

Eis onde o meta-consentimento assenta arraias. A colisão de vontades é casuística: se a vontade, estribada em uma legitimidade terapêutica, assacar um risco colateral, será de acatar que o objectivo racional de legitimidade ultrapasse uma informação concomitante? Veja-se: a doença exige actuação adequada a salvar, mas surge o risco de perda da voz. Foi dado o consentimento prévio para aquela intervenção, mas a *novidade* sobre a voz escapou-se da informação prévia à esfera da decisão. Tenho um meta-consentimento. Desprezo a falta de decisão sobre a perda da fala? A vida sem voz constitui teleologia relevante? Claro que o dilema, *juogado* em termos objectivos, genéricos e abstractos, conduz a —sem mais— encontrar como ultrapassável uma *hesitação* a que o meta-consentimento seja eficaz, agora pela sua componente hipotética.

Se ao exemplo retirar a legitimidade terapêutica directa (adapto um absurdo ex.º em que associo uma intervenção de implantes dentários com a probabilidade da sequela da perda de voz), muitas dúvidas

tenho —sempre em raciocínio genérico e abstracto— de que a premissa resultante da informação em falta sobre consequência (perda de voz) seja correctamente desincorporada dos requisitos do consentimento. Aqui considero estar inequivocamente perante uma má decisão médica se a decisão for a de confiar de que a nova teleologia conflituante não abalaria a inicial e, logo, a finalidade.

No primeiro caso chego à mesma conclusão, o que devo é associar a possibilidade de estar perante privilégio médico ou terapêutico, isto é, devo inquirir se o risco de morte (grave dano etc.) é ingente ou se existe manifestação de vontade do próprio a poder ser tomada em tempo útil ou a reconstruir de outro modo a solução a dar (via Testamento vital: Declarações Antecipadas de Vontade e/ ou Procurador de Cuidados de Saúde: TV|DAV|PCS, por ex.º).

O problema da *abordagem dilemática* formal, com o inerente carácter (minutas de consentimento com declarações genéricas: — e o demais que seja conexão) é que deveriam suscitar uma abordagem problemática mais densa e não —nunca— viabilizar um *bypass* para a decisão. Em suma: perante uma premissa nova e uma decisão assente indirectamente em um formulário genérico assinado, a decisão será substituída (em caso de privilégio) ou reconstruída à luz do que foi expressamente previsto em termos valorativos (TV), mas preferencialmente abortada. O terreno intersticial que se despreza revela uma prática em que se retira *utilidade* à capacidade, mas aqui com censura consequente.

## **II.5. Escrever, escrever sempre... Não há pena para o profissional de saúde que dá tinta à pena; tenho pena do que não usa a pena**

Tudo remete para o momento prévio do esclarecimento. Ponderar as variáveis assume então importância por excelência. Isto porque é necessário escrever a história, no caso: *escrever a história clínica*. E para escrever a história clínica, tal como para decidir perante as questões colocadas por uma abordagem problemática (decorrente da dilemática), é forçoso inquirir. Formular perguntas e explicar constitui uma

arte tão respeitável que a Medicina antiga possuía essas formalidades prévias: — permites tu, doente, que te ajude? Talvez fosse esta a primeira questão de Avicena (Ibn Seena) ao doente que o procurava. Muito mais do que uma fórmula de cortesia, o início de um interrogatório em que os dilemas acabam por ser integrados. É na leitura da amplitude de factos que será possível extrair as soluções para as *abordagens problemáticas*, e decidir, senão de forma apodíctica, ao menos de sorte a que não se acordem os fantasmas das *más fadas*, das decisões erradas e da responsabilização. É verdade que todo o modelo teórico passa pela sua prova de fogo, pelo teste de aplicabilidade, quando habilita ou impede soluções. Mas também é verdade que, tantas vezes, os modelos só nos servem quando apontam para a solução *conveniente*. E só muito recentemente é que os Tratados Médicos apontam a vontade do paciente como término de actuação. Pior: são poucos os que se atrevem a colocar o esclarecimento e a manifestação consequente como integrante das *leges artis*. Então o que sobra? Mais uma estória.

## II.6. — **جديدة زجاجة بيعي** Schweeppe [24];

### — Quer uma garrafita fresquita de quê?

Um dos grandes desafios da humanidade neste processo de globalização cujo curso tecnológico se está a processar para além de todas as inércias, das dificuldades e fronteiras, será, creio, encontrar a energia cinética de uma linguagem em que nos entendamos: — os mecanismos de tradução eficazes e potencialmente completos. Esclarecedores. Existe similitude nas dificuldades com que qualquer comum mortal se confronta perante a complexidade técnica de uma arte e dos respectivos conceitos que lhe sejam estranhos. Assim é, mas a complexidade em torno deste problema oferece bastante mais ainda para cogitar, prevenir e actuar. Veja-se outra abordagem ainda.

Enunciado o problema, subsistem questões ligadas às traduções, tal como aos tradutores. Será de recordar aqui o incidente que envolveu Thamsanqa Jantjie, nas cerimónias fúnebres de Nelson Mandela, ve-

rificadas em Dezembro de 2013, em Joanesburgo, em um estádio que acolheu milhares de pessoas. A cerimónia foi transmitida para o Mundo inteiro e na presença dos dignatários representantes dos Estados. Para traduzir os discursos panegíricos do perfil de Mandela encontrava-se um intérprete especial que muito naturalmente recebeu destaque no enquadramento televisivo. Tratou-se do profissional contratado para a tradução gestual destinada aos surdos. Sucede, todavia, que iniciados os discursos e os gestos do tradutor, passado algum tempo, aqueles a quem este último *discurso* foi destinado aperceberam-se de que os gestos não correspondiam a nada mais do que... gestos. O embuste decorreu muito naturalmente durante o cerimonial e deu azo a um inquérito. Thamsanqa Jantjie alegou ter sido acometido de um ataque de doença do foro mental e partiu daí para um percurso, semi efémero, de visibilidade e de *fama*. As investigações revelaram um *cv* perigoso de desvios mentais e condenações criminais por delitos sérios. Por entre riso e indignação, as questões foram múltiplas, evidentemente; bom! O melhor é deixar a glosa do episódio ao leitor. Faço apenas uma excepção para a matéria sobre a qual *gestículo* eu também: — A inteligibilidade dos discursos na relação entre os pacientes e os profissionais de saúde encontram-se, caso a caso, entregues aos próprios. A legislação serve para facultar as pressões necessárias aos deveres das partes (e existem deveres para todas as partes). A responsabilização de Jantjie não evita o mal, mas permite uma leitura —entre as várias possíveis— cujo enunciado parcial se adapta a este respeito *como uma luva*. Pertence a Slavoj Zizek:

«... é possível compreendermos o motivo por que os gestos de Jantjie tiveram um efeito tão desconcertante assim que se tornou claro que não tinham nenhum significado: aquilo com que fomos confrontados foi com a verdade da língua gestual: não interessa realmente se existem espectadores surdos a assistir; o tradutor está lá para fazer com que todas as pessoas que não compreendam língua gestual se sintam bem.» [25]

Também os discursos sobre ética médica, conteúdos morais, piedosas relações de direitos e deveres de pacientes, gerontes, crianças; sobre igualdade do género, etc, —consentimento e esclarecimento; respeito, solidariedade, confiança e autonomia— possuem este estranho condão de nos aplacar as consciências. Mas devem deixar de revelar-se como realidade a que a doutrina assaca ao legislador configure uma *capacidade inútil de exercício; sem gozo*.

Uma das queixas clássicas dos pacientes —lidas nos jornais aquando do anúncio de procedimentos judiciais por negligência— é a seguinte: fui ao Hospital —uma, duas ou mais vezes— e mandaram-me para casa. Curioso: os pacientes voltam para casa aparentemente sem uma informação detalhada sobre o que fazer —incluindo voltar rapidamente ao Hospital— no caso de se verificar recidiva ou *determinados sintomas*. Eis mais um caso para alertar: *nota bene*.

Passo a aflorar algumas *soluções* existentes neste âmbito circunscrito por força da leitura normativa e judicial a uma abordagem dilemática, com a solução formal que deve ser descrita, pois de significados se formam também as soluções. A saber: — como é que juristas, administração de saúde, serviços hospitalares e profissionais de saúde, despacham —*contratam*— essa figuração que passarei a apelidar como *Janfjies*? Como é que adquirimos essa *paz de espírito* que Zizek tão bem caracteriza e que acaba por ser o exercício do(s) *inocentes úteis* [26]. É um percurso que vai do legislador, passa pelos regulamentadores, pelos profissionais de saúde e pelos próprios pacientes, envolvendo todos. Ninguém escapa.

## II. 7. As circulares, os papéis e os ‘títulos de crédito de consentimento’

A informação e o consentimento vieram recebendo uma progressiva atenção junto das organizações hospitalares portuguesas, especialmente no último quartel do século passado (após *pausa* dos anos 50). O alerta terá chegado das primeiras intervenções científicas e pedagógicas em torno da análise da legislação em vigor e levadas a cabo em torno da década de 80 no âmbito do Centro de Direito Biomédico da

Faculdade de Direito de Coimbra (CDBM|FDUC), cuja proposta de criação é da responsabilidade do Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. O esforço em prol do registo do consentimento chegou mesmo a dar azo a algumas fórmulas bizarras com que os serviços procuravam afastar —*por via contratual*— uma qualquer possível responsabilização dos médicos, assim, em uma minuta usada à época, podia ler-se [27]:

«... autorizo o Sr. Dr. (...) assim como os restantes médicos do mesmo serviço e ainda quem o mesmo médico ou Director (...) designar como ajudantes a realizar na minha pessoa (...) ficando (...) autorizados a praticar na minha pessoa todos os actos médico cirúrgicos ou de diagnóstico que julguem mais convenientes (...) e que compreendo e aceito os explicados, e ainda que nenhuma garantia me pode ser dada quanto aos respectivos resultados...»

As matérias estão estudadas e descritas. Importa agora pensar no estado actual da *arte*: — Afirmei que as regras sobre *certeza e segurança* passam por um registo escrito e que a solução acabou formatada —reduzida— em formulários. Essa *necessidade* de formulários pode ser absoluta ou relativa e pode ser encontrada fundamentação nas 16 páginas da Norma da Direcção-Geral de Saúde n.º 15|2013, actualizada em 04 de Novembro de 2015 (N15|2013|DGS|MS) [28], tanto quanto vejo, por via da extensão do registo escrito de consentimento aos receptores de sangue e de componentes sanguíneos.

O consentimento escrito é obrigatório —absoluto— para uma relação alargada de actos médicos, de acordo com uma tipificação legal dispersa pela mais variada legislação e com fundamentação mais ou menos específica [29]. Dispensou-me de transcrever a legislação que fundamenta a maioria dos 22 itens, até porque o esforço se arrisca a ser premiado com uma desactualização rápida, que pode induzir em erro o mais experimentado jurista, mas chamo a atenção

para os §§ 18.º a 20.º, introduzidos pelo que de regulamentar revela exactamente esta N15|2013|DGS|MS. E parece ser possível extrair uma genérica *obligatoriedade* —relativa— por força da inserção em processo clínico que fica, assim, no domínio das *leges artis*.

A questão subjacente aos formulários é a de que, com forte probabilidade, limitam-se a ser manuseados e recolhidos por meros administrativos, e/ou assinados de *cruz*, tantas vezes contraditados pelo mais singelo e sucinto questionário que seja feito no decurso do procedimento ou após, directamente ao paciente e certificados os discursos cruzados dos profissionais de saúde. Facilmente lhes empresto a presunção de que a manifestação de vontade que traduzem não é esclarecida, especialmente no sentido de significarem uma compreensão do sentido, alcance, envergadura e sequelas do que está em causa, das alternativas, etc. E assim sendo, representam um consentimento inválido, a maquilhar intervenções que se colocam sob suspeita de serem arbitrárias e ilícitas.

### III. Dois casos judiciais que parecem reflectir a doutrina do meta-consentimento:

**III.1.** — O Ac. do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de 09/10/2014, proferido no caso *Konovalova v.º Russia* [30], em que YK foi internada para dar à luz em um Hospital russo, tendo recebido na admissão um papel onde, entre o mais, se fazia menção de um provável envolvimento dos pacientes no processo de ensino do Hospital. O parto foi presenciado por uma turma de estudantes de medicina.

**III.2.** — O Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 09/10/2014 (Rel. Juiz Conselheiro João Bernardo) [31], foi proferido sobre um caso em que um marceneiro, padecendo de uma limitação em um polegar, recebeu indicação cirúrgica cujos riscos — de poder ficar com graves lesões limitativas de movimentação— lhe foram omitidos. O desaire veio a verificar-se, mas o formulário do consentimento in-

formado assinado previa em termos genéricos a possibilidade de ele inquirir...

#### III.1. — *Konovalova v.º Russia* (TEDH)

Os factos fundamentais:

**i** | Em 23/04/1999, YK, com 29 anos, ao perceber as contracções que lhe anunciavam o parto iminente recorreu ao Hospital Militar de S. Petesburgo a que tinha acesso (*SM Kirov Military Medical Academy*); / **ii** | No decurso da admissão foi-lhe entregue um *folheto* (*booklet*) que continha (entre o mais) uma nota/aviso sobre o possível envolvimento dos pacientes no programa de ensino médico/clínico do Hospital; / **iii** | Mercê de complicações associadas à gravidez foram-lhe ministrados sedativos, fixando-se a intervenção para o dia seguinte, e, então, foi assistida na presença de um grupo de estudantes (do 4.º ano) que tinham analisado o seu caso, não obstante expresso repúdio da parturiente; / **iv** | O parto foi complicado para a Mãe (medicação e incisão) e para a criança, que ficaram internados, recebendo cuidados, até 13 de Maio seguinte; / **v** | O documento entregue —folheto informativo— anunciava:

*“We ask you to respect the fact that medical treatment in our hospital is combined with teaching for students studying obstetrics and gynaecology. Because of this, all patients are involved in the study process.”;*

**vi** | YK apresentou queixa junto do Hospital (1999), accionou junto do Tribunal de S. Petersburgo (2000) e recorreu ulteriormente (2004), alegando que o parto foi atrasado exactamente para permitir a repudiada presença dos estudantes de medicina. Reclamou uma indemnização por danos morais (cerca de 4,000,00 €) e desculpas públicas; / **vii** | O Tribunal de 1.ª instância remeteu para peritagem, que conclui, em síntese: pela adequação da intervenção e escrupuloso respeito pelas *leges artis* (inclusive quanto à indução do sono); que o parto implica *stress*; que a

presença de alunos não é adequada a afectar negativamente a regularidade do parto; / **viii** | Estes argumentos, associados aos de que a presença de alunos em acto médico não estava (ao tempo) sujeita a consentimento (escrito); e de que YK tinha recebido o folheto com a aludida nota, conduziram o Tribunal de 1.ª instância à rejeição do pedido (posteriormente confirmado em 2.ª instância).

### III.1.1. *Virtudes da recusa: quem não tem cão caça como um gato.*

Ou seja, as decisões judiciais russas descartaram a pretendida condenação, de onde sublinho dois parágrafos relativos à legislação *interna* em vigor ao tempo dos factos:

*«In accordance with Article 54 of the Health Care Act, students of (...) medical educational institutions are allowed to assist in the administration of medical treatment in line with the requirements of their curriculum and under the supervision of medical personnel. (...) Articles 32 and 33 of the Health Care Act provide that such medical interventions may not be performed without a patient's consent, which must be confirmed in [writing]. The court finds that the mere presence of [the hospital's] students in the delivery room cannot be construed as a medical intervention within the meaning of Articles 32 and 33».*

A Lei federal russa (n.º 5487-1, 22/07/1993) estabelece para qualquer intervenção médica um voluntário consentimento informado (cf art. 32.º) e o art. 33.º viabiliza a recusa de uma intervenção médica, fora das excepções do art. 34.º (doença perigosa para 3.º; séria doença mental; actuação perigosa em termos sociais para a qual a lei viabilize a compulsividade).

A Rússia não outorgou a CDHBio (Oviedo), cujo art. 5.º, resolveria a questão, mas outrossim quanto à CEDH, pelo que, ao abrigo do art. 8.º desta Con-

venção, YK accionou o Estado Russo pela mencionada violação.

«ARTIGO 8º CEDH: Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

O Ac. do TEDH (cf. §§ 39-41) dá indicação de precedentes em que o acesso a dados e/ou informações sujeitas a confidencialidade ficaram sob alçada do art. 8.º e não mostrou sensibilidade quanto ao argumento esgrimido de existir a faculdade prevista expressamente na lei federal russa (cf. art. 54.º da legislação *supra* citada) de os alunos de medicina poderem presenciar intervenções médicas, pelo que a manifestação de vontade de YK prevaleceria e deveria ter sido tomada em consideração, e, assim decidiu:

*«...the Court finds that the presence of medical students during the birth of the applicant's child on 24 April 1999 did not comply with the requirement of lawfulness of Article 8 § 2 of the Convention, on account of the lack of sufficient procedural safeguards against arbitrary interference with the applicant's Article 8 rights in the domestic law at the time.»*

Em matéria de danos, o pedido de indemnização por danos materiais não foi tido por fundado e o de danos não patrimoniais de 25,000,00 € foi reduzido a 3,000,00 €, pela ponderação de *stress* e sentimento de frustração.

### III.1.2. O filtro da recusa:

A questão fulcral que pretendo deixar para ponderação prende-se obviamente com o meta-consentimento, tal qual foi sendo abordado. Em princípio, justifica-se —com os *grãos de sal* já referidos— que as prestações médicas, em abstracto, não necessitem de muito mais do que aconteceu: — o anúncio de que o Hospital é um Hospital Escola e de que podem ocorrer episódios onde a privacidade se mostre restringível por virtude das vicissitudes pedagógicas.

O que não deve deixar de acontecer é uma reiteração das informações perante a vertigem dos acontecimentos e, obviamente, o respeito pela faculdade de recusa. É a pré existência de um estado geral de respeito pela esfera da integridade físico psíquica das pessoas que determina a necessidade de obtenção de um consentimento para o caso de se pretender interferir nessa esfera. Mais: ainda que seja o próprio a solicitar a intervenção —expressa ou concludentemente— haverá que prestar esclarecimentos sobre o que vai acontecer tal como o que pode alternativamente ser feito, até onde se mostre viável. O processo de consentimento revela-se assim em permanência, em actualização, tal qual os elementos de informação se vão actualizando. A decisão de parar pode acontecer a qualquer momento. Não existe nesta matéria o resultado clássico de um contrato *até que a morte nos separe*. Estamos fora do que os juristas apelidam *pacta sunt servanda* (a fidelidade ao cumprimento contratual).

Existe uma compressão determinada pela auto determinação —corolário da autonomia— no caso de se verificarem colisões com outros direitos. No caso concreto, sublinho ainda a questão de que a livre revogabilidade não se poderia nunca colocar em crise, o mesmo é dizer, mesmo que tivesse sido dado um consentimento expresso e esclarecido direccionado para a autorização do envolvimento da paciente no processo de ensino, sempre persistiria uma liberdade de retroceder, de mudar de opinião, de restringir. Nisto reside uma distinção entre consentimento e recusa. Esta existe naturalmente como consequên-

cia de um estatuto humano que eticamente se concretiza e densifica na pretensão *noli me tangere* [32].

### III.2. O marceneiro português a quem o seguro não valeu

Os factos sumariados dados como provados no Acórdão do STJ português são os seguintes:

**i** | Em 11/2004, um marceneiro (30 anos) teve um acidente de trabalho. Uma ferida na mão esquerda afectou-lhe o nervo mediano do polegar comprometendo os movimentos deste (*total ou parcialmente? Mera dormência...* cf. §§ 13.º, n.s 5, 20, 22, 44-48 da matéria de facto dada como provada à qual o Tribunal Superior deve circunscrever a análise, a que ora diante me reporto); / **ii** | Por via do seguro foi-lhe assegurada assistência médica (12/2004) e em 04/2005 foi-lhe *proposta induzida* intervenção cirúrgica (oponoplastia), realizada em 05/2005 (§§ 13.º, n.s 6, 48); / **iii** | Para tanto, subscreveu formulários de consentimento (que alega terem sido subscritos «em branco» e desfasados no tempo), § 13 n. 31; na sequência de *múltiplas* consultas (§ 13, n. 6); / **iv** | Existem várias técnicas cirúrgicas alternativas, optando os RR. médicos pela que foi utilizada («adequada à recuperação funcional» «com resultado dependente —também— da motivação e cooperação do próprio doente na sua recuperação») (§ 13.º, n.s 32, 33, 49-53); / **v** | Em consequência «directa» da intervenção (?) § 13.º n.s 22, 28... o doente ficou com gravíssimas lesões e limitações de movimentação da mão e do braço, dano estético, etc. (§ 13.º, n.s 22, 29); / **vi** | «Ocorreu traumatismo do colo do úmero esquerdo no decurso da reabilitação (...) período fulcral da recuperação (...) com influência negativa no resultado final» entre 06/07 de 2005 (§ 13.º, n.s 38, 56).

#### III.2.1 Premissas

O “núcleo duro” do recurso e do Acórdão situa-se exactamente na análise das premissas para a responsabilização (pelos danos decorrentes de uma actualização médica), assente exclusivamente na alegada defi-

ciência de um *esclarecimento* que se pretende insuficiente, a ponderar a ilicitude da intervenção em desconformidade com as *leges artis*, porquanto a ausência de informação seria hábil para decidir diferentemente (não que essa decisão fosse outra, forçosamente).

De acordo com o sumário do Ac.:

« § 1 | (...), o doente tem direito a ser informado, pelo médico, em ordem a poder decidir sobre se determinado ato médico que o vise deve ou não ser levado a cabo; / § 2 | Tal direito é disponível; / § 3 | O conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, *igual para todos os doentes na mesma situação*; / § 4 | *Abrange (...) o diagnóstico e as consequências do tratamento.* / § 5 | *Estas são integradas pela referência às vantagens prováveis do mesmo e aos seus riscos*; / § 6 | Não se exigindo, todavia, uma referência à situação médica em detalhe; / § 7 | Nem a referência aos riscos de verificação excepcional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento. (...); / § 8 | A referência num documento, assinado por médico e doente, a que aquele “explicou” a este, “de forma adequada e inteligível”, entre outras coisas, “os riscos e complicações duma cirurgia” não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e, bem assim, dos riscos concretamente indicados, pelo que é manifestamente insuficiente; / § 9 | Mas, se do mesmo documento consta que o doente não deve hesitar “em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”, deve entender-se que (o doente) abdicou do seu direito a ser informado em termos detalhados; / § 10 | Para ser aplicável o regime de ónus de prova das cláusulas contratuais gerais, o que dele pretende beneficiar tem, antes, de fazer prova de que estamos em terreno próprio destas; / § 11 | Não tendo feito tal prova, sobre o doente, subscritor de tal documento, impende a demonstração de que assinou em branco e de que nada do que ali consta lhe foi referido.».

### III. 2.3. *Algumas interrogações*

Os §§ 8 a 11 revelam o que, para aqui, me importa realçar como matéria controversa, sobre a qual se não deve colocar já ‘pedra tumular’.

O Ac. STJ, tal como o precedente da Relação do Porto (ao contrário da 1.<sup>a</sup> instância), parecem admitir a possibilidade de um nexo de causalidade entre o *acto médico* (deficiência de esclarecimento) e as suas sequelas, para ulteriormente, colocar em contraposição (nos pratos da balança) o actualismo e a função disciplinadora do Direito (cf. § 21 do Ac.: com eco no excerto *infra*).

Desde logo, no que concerne aos formulários que são objecto até de uma pré formatação de acordo com a citada N15|2013|DGS|MS, importa apurar a aproximação ao regime das cláusulas contratuais gerais. No que concerne ao regime das Cláusulas Contratuais Gerais (ccj) [33] não deve ser descurada a pertinência da discussão sobre quem incumbe o ónus da prova da verificação do que ocorre em «pré-negociações»: §§ 23 e s. do Ac.. A discussão ficará em torno «dos procedimentos meramente formais» levados a cabo em ambiente hospitalar, e, no caso concreto, da ilação a retirar do § 13.º, n. 6 do Ac.: a verificação de «múltiplas consultas» prévias à intervenção, de onde é legítimo retirar ter existido oportunidade para informar e esclarecer ou registar que as informações e o esclarecimento esbarram em dificuldades (incompreensão, iliteracia, etc.).

Face a formulários médicos, a interrogação sobre a aplicação do regime das ccg, suscita-me o seguinte comentário: não obstante as dificuldades que tenho em subsumir por terrenos apertados o regime dos direitos de personalidade consequentes à relação médica, creio poder aproveitar aqui a resposta dada em 2000 para o regime pré-formatado das informações, em conexão com a legislação sobre consumo, a saber: «... sempre os pacientes terão, pelo menos, os mesmos direitos nas relações cujo objecto envolva a prática da medicina, em relação aos consumidores que estabeleçam relações de conteúdo económico» [34]. Com efeito, estranho será fazer valer para um contrato de seguro, bancário ou de locação de um

automóvel, etc., um regime que resulte mais protetor *para a parte mais fraca* do que aquele onde se vai procurar *iluminar*, face à afirmação de direitos de personalidade. E não vinga também o paralelo que se faz em seguida no Ac. com os receios que o actualismo implica, pois nas relações de natureza mais mercantil os sujeitos são *os mesmos...* E o regime de mercado igualmente agressivo para o consumidor. Mas mostro o que sobre iliteracia (cf. § 21.º do Ac), muito lucidamente de refere no douto Aresto em apreciação:

«Em Portugal o esclarecimento médico está numa fase embrionária. Procura do médico como elemento “tranquilizador” e não “assustador”, baixo nível cultural dos doentes, (...) distanciação por parte de alguns médicos, ideia assente de que o doente, já fragilizado pela doença, não está interessado em acumular a revelação dos riscos à sua própria fragilidade, tradição de pouca atenção à envolvimento jurídica dos atos médicos até algo correr mal e outras razões levam a que, por regra, os atos não preencham os requisitos que as jurisprudência francesa e alemã vêm exigindo.»

Todos estes argumentos valem tanto para o verso como para o anverso. Se aos mesmos se associar uma presunção de incompreensão e um discurso calado ou *codificado*, nunca o esclarecimento em Portugal chegará sequer a ‘embrião’. O que é estranho é existirem requisitos que são cumpridos: a outorga do formulário; e outros que não o são, o registo no processo sobre as dificuldades de discernimento do paciente concreto e súmula do que se quis explicar. Acrescenta-se doutamente no Ac.:

«A interpretação da lei não pode nem deve abstrair da realidade social que visa disciplinar. De outro modo, pode abrir-se um caminho de ressarcimento, praticamente ilimitado e desadequado face à nossa realidade social, sempre que algo corre mal nos atos médicos...»

Mas o desprezo pela decisão do paciente não é algo que corre mal nos actos médicos em Portugal? E não constitui um desvio que viabilize ressarcimento? Se me ocultarem informação essencial sobre o ‘embruho’ da prenda eu devo aceitar a prenda independentemente do ‘embruho’, porque ‘a cavalo dado...’? Mostra-se assim lapidar para o debate ulterior a seguinte conclusão do douto Ac. em análise:

«É sabido que, como deixámos dito em 21, com frequência, nada se cumpre como consta dos documentos. Recorre-se, num contexto emotivo de ida para uma intervenção cirúrgica, ao “assine aqui”, com uma explicação levada a cabo por um funcionário e totalmente eivada de laconismo ou mesmo inexistente.

Só que, nestes casos existe uma grande responsabilização de quem assim subscreve um documento. Além do mais, terá de fazer valer em tribunal tudo aquilo que, de viciante, poderá ter estado na base da subscrição.»

Pois se assim é —e é!— para que servem os documentos senão para *enganar*? Enganam-se os *paternalistas* porque argumentam com a *vulnerabilidade* para eivar a capacidade de inutilidade. Enganam-se os profissionais de saúde que pensam ter cumprido os seus deveres e os pacientes pois convencem-se de que sem o papel não terão acesso aos cuidados. Onde se lê consentimento informado é até possível extrair uma presunção de que existiu informação e que da mesma se deu conta da respectiva existência ao paciente. Mas o que está em causa é um esclarecimento *quanto basta*, seja para aquele paciente concreto, seja para a concreta intervenção e sequelas até onde seja plausível ponderar.

A crítica essencial a este momento delicado, mas fulcral, do raciocínio do douto aresto parece estar no seguinte: perante um realismo cruel, adapta-se o quadro normativo a um embrião, perdoando-se a cessação voluntária da gravidez, mas por decisão alheia. E contraditoriamente se afirma a densificação da responsabilidade a quem outorga uma minuta,

que lhe é mostrada como *formalidade condicional*, olvidando-se a vulnerabilidade e o paroxismo das necessidades tal como o desequilíbrio entre as partes. Repito-me: até para a aquisição de um electrodoméstico salta o legislador em substituição. Arrisca-se o Tribunal a incarnar a figura do *inocente útil* a um nível paternalismo.

### III. 3. O filtro e o elixir.

A responsabilidade que está em causa em um julgamento que envolva um profissional de saúde não pode ser eternamente uma fotografia dos factores da realidade que não mudará nunca: na negligência encontra-se com séria e verdadeira probabilidade algo de *boa pessoa* no profissional de saúde e de boas intenções e escopos nos procedimentos. Tanto na Rússia como em Portugal.

As questões não são novas e entendo o *paternalismo* que anima as premissas em que se estribaram os Acórdãos que o acolheram. Eis os primeiros efeitos utilitaristas na jurisprudência do exercício de uma das facetas do que apelidei de *medicina receosa* —de uma prática a coberto de rituais que nada visam o *espírito da lei* mas libertar os profissionais de saúde de acordo com o seu *zeitgeist* —com o espírito do tempo [35]— de responsabilidades, e, também, de maçadas. Sucede que os argumentos são tão válidos para a conclusão de absolvição, como para, no mesmo *espírito do tempo*, fundar a inversa e castigar quem se cale, de quem ache que nada tem para dizer, de quem encontre superiores interesses a prosseguir no equilíbrio que faz da balança dos interesses, e sempre: quem actue com desprezo por uma relevante e ou correcta manifestação da vontade.

É que um Tribunal assenta a sua livre apreciação em caboucos formais e exactamente na sublimação de documento(s) que admite poder traduzir o inverso do que nele foi inscrito, pela mera subscrição de um formulário (imposto por uma norma regulamentar quase administrativa). O caso português é paradigmático. Pouco parece importar qual a natureza das informações a prestar; quais as alternativas. A iliteracia portuguesa (no que concerne à medicina, vertida

em combate explícito nos arts. 156.º e s. do C. Penal português desde os finais da década de 60 do século passado, pensada a data do projecto do Professor Eduardo Correia que veio à luz na década de 80).

Há cerca de trinta anos, quando os formulários se popularizaram, alguma da crítica dos profissionais de saúde foi sendo a das burocracias. Agora parecem ser adequadas as burocracias para serem esgrimidas como redentoras do que permaneceu: — o mesmíssimo e insustentável silêncio.

O problema passa ainda por uma consideração sobre se a doura decisão do STJ português se estriba com pressão controversa em uma premissa *consequencialista*, i.e., importa precisar o que pretendo avisar: uma decisão em que a consequência da decisão vai *contaminar* o sentido e aplicação da ou das normas jurídicas. Na verdade, está em causa o receio de que a protecção jurídica da autodeterminação *envenene* o normal exercício da medicina e que este se enviesse no espectro terapêutico mercê de uma secção que, à primeira vista, lhe aparece como estranho. Em síntese o confronto entre duas formulações dos adágios: «*faça-se justiça nem —ou ainda— que pereça o Mundo*»; ou a outra: *faça-se justiça para que não pereça o Mundo* («*fiat justitia ne pereat mundus*») [36]. Eis matéria para outro capítulo, a desenhar em futuro que desejo breve. Não podem ser levadas a sério as normas sobre esclarecimento e autodeterminação dos pacientes porquanto a sociedade não está preparada? O exercício do mesmo raciocínio perante outros ilícitos é aterrador. Daqui que os dois exemplos judiciais me tenham desafiado a enunciação em confrontação. No primeiro, a intervenção terapêutica é algo *colateral* (a gravidez não é doença e a medicina, se bem que *essencial* —mais do que bem vinda, portanto— não impede que se conjecture a possibilidade da verificação de partos sem qualquer assistência ou com assistência não especializada); o consentimento foi obtido e não foi pela autodeterminação *pura e dura* que o Tribunal optou em fundar a decisão (até pela ausência de preceito directamente aplicável ao bem jurídico: CDHBio, art. 5.º). Contudo, o Ac. não deixou de tomar em consideração a recusa, estribada na protecção da esfera muito alargada da protecção da intimidade individual. No segundo exemplo, do aresto

Português, a interpretação foi restritiva e formal, rumando com brilho e boa intenção mas à bolina do sentido da argumentação. Reconhece-se que a informação plasmada em formulário e a racional experiência comum de seu uso mecânico, nada releva para além do meta- consentimento, que serve o objectivo de uma intervenção qualquer. Todavia, omite-se o essencial: as informações a esclarecer possuem gradações variadas. E o exercício útil da capacidade por ser para objecto específico da relação jurídica, carece de informação especificada.

Dir-se-á que a desinfecção constitui requisito de *leges artis*, mas que não será curial dar como adequado à responsabilização, o dano que não tenha resultado deste desvio. Certo. Prova-se a um tempo que não houve esterilização e que a sequela do dano verificado não foi pelo erro em causa, mas por qualquer outra razão. Não é adequado pois não possui conexão com a sequela propriamente dita, que conjeturo aqui em abstracto. Mas ter-se-ia verificado uma qualquer sequela caso fosse do domínio do visado a informação sobre o desvio? Sobre a ausência de esterilização, existindo esse conhecimento por parte da equipa, tanto significaria um aumento do risco de sequelas. Esse aumento de risco deve ser ponderado pelo paciente, por entre necessidades, vantagens e consequências. E devolvem-se aos profissionais de saúde o ónus em demonstrar que a sequela verificada ocorreria em qualquer caso e em termos análogos (período expectável para o desenlace, padecimentos, etc.). Bem sei: desejo e pratico no sentido do que se impõe como *bem*, e acabo sob suspeita de censura em defesa. Mas assim acontece apenas e se não me assegurar em revelar os factos determinantes da conjectura de uma putativa recusa.

### III. 3.1. Conclusão: *é a recusa, meu caro: — não! É não. Sem polissemia.*

Pergunto-me, pois, se o limite e a adequação não residem uma vez mais antes em torno da recusa. É simples explicar a recusa tomando por referente o ilícito evidente da violação. E pressinto que me rumo além da causalidade hipotética. Objectivamente, a intervenção não deveria ter ocorrido. Pois se ocorreu logo existem danos de natureza não patrimonial, mas se existem outros danos ainda...

Também em matéria de autodeterminação sexual o sim não é um dado adquirido (ainda que pretendido a coberto do 'meta consentimento' oriundo da legitimidade' de um casamento ou outro consórcio análogo ou hipoteticamente conjecturado como um desejável *bem estar*), mas obtido junto do visado; uma vez transformado em não, ultrapassar a oposição é ilícito (e também de natureza criminal como as intervenções médicas arbitrarias). Viola a liberdade e a esfera físico-psíquica. Merece a tutela dos Tribunais.

Se a recusa primeva não foi ultrapassada ou o foi deficientemente; se a recusa ulterior foi coarctada, então desaparece a fórmula habilitante da prossecução do exercício das *leges artis*, e inicia-se um processo de eventual adequação dos danos à conduta que fica, assim, ilícita. Eis o filtro.

Usado o filtro, analisa-se o processo de coagem, e extraem-se os *resíduos*: silêncios, palavreado técnico, insistências desnecessárias, fotocópias com rubricas que cabem em todos os processos e actuações, etc., e, no fim, sobram os ingredientes do elixir. Um cuidado que o processo clínico deve mostrar como ensina Guilherme de Oliveira: a demonstrar que os procedimentos normais da instituição e ou dos profissionais habilitam extrair *aquela confiança*.

## Referências bibliográficas

- Benvenuti, L. (2002). *Malattie Mediali: Elementi de socioterapia*. Bologna: Ed. Baskerville
- Benvenuti, L. (2008). *Lezioni di socioterapia. La persona media/afferma e media/afferma*. Bologna: Ed. Baskerville
- Carapinheiro, G. (1998). *Saberes e Poderes no Hospital. uma sociologia dos serviços hospitalares*. 3.ª ed. Porto: Afrontamento | CES
- Costa, J.F. (2005). O Direito Penal e o Tempo. in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., pp. 163-190
- Fanon, F. (2008). *Black Skin, White Masks*. NY: Grove Press, pp. 201-206.
- Fanon, F. (2015). *Écrits sur l'aliénation et la liberté*. Paris: La Découverte.
- Fragata, J. & Martins, L. (2004). *O Erro em Medicina — Perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*. Coimbra: Almedina.
- Gablik, S. (1970). *Magritte*. London: Thames and Hudson Ltd.
- Gracia, D. (s.d.). Ética Médica. in AA. VV., Farreras Rozman, *Medicina Interna*, 13.ª Ed., cf. <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201035.pdf>
- Hegel, G.W.F. (1975). *Principios de la filosofía del Derecho*. ed. esp. Buenos Aires: Ed. Sudamericana
- Jakobs, G. & Polaino-Lorrente, M. (2009). *Terrorismo y Estado de Derecho*. Colección de Estudios n.º 38, Universidad de Colombia.
- Lévi-Strauss, C. (2014). *Mito e Significado*. Lisboa: Ed. 70
- Loneragan, B. (2004). *Insight — Estudio sobre la Comprensión Humana*. Salamanca: Ed. Sígueme.
- Magalhães, P., Böhlke, M., & Neubarth, F. (2004). Complexo Principal de Histocompatibilidade (MHC): codificação genética, bases estruturais e implicações clínicas. *Rev. Med. UCPEL*, Pelotas, 2(1): 54-59.
- Mantovani, F. (2009). Principio di Affidamento nel Diritto Penale. in AA.VV., *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Figueiredo Dias*, BFD, STVDIA IVRIDICA 98, Ad honorem – 5, I. Vol. FDUC: Coimbra Ed., pp. 421-432.
- Marques, M.S. (2005). Os laços sem-fim e os desafios da medicina. *Acta Médica Portuguesa*, 18: 353-370.
- Miller, R.D. (Ed.), Eriksson, L., Fleisher, L., Wiener-Kronish, J., Cohen, N. & Young, W. (2014). *Miller's Anesthesia*, vol I, 8.ª Ed.. Elsevier; Saunders, Ed.
- Pereira, A.D. (2012). *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Rodrigues, J.V. (2001). *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Coimbra Ed.
- Schimtt, C. (2008). *Terra e Mar - breve reflexão sobre a história universal*. Lisboa: Esfera do Caos.
- Serra, H. (2008). *Médicos e poder. Transplantação hepática e tecnocracias*. Coimbra: Almedina.
- Sheeran, S. & Rodley, S.N. (2014). *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Routledge.
- Zizek, S. (2015). *Problemas no Paraíso: o comunismo depois do fim da história*. (tradução: C. Santos). Lisboa: Ed. Bertrand.
- Zoboli, E. (2010). *Deliberação: leque de possibilidades para compreender os conflitos de valores na prática clínica da atenção básica* [tese livre-docência]. São Paulo: Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo.
- Zoboli, E. (2012). Bioética clínica na diversidade: a contribuição da proposta deliberativa de Diego Gracia, in *BioEthiKos* — Centro Universitário São Camilo – 2012; 6 (1), pp. 49-57, aces. [http://www.apcp.com.pt/uploads/bioetica\\_clinica\\_na\\_diversidade.pdf](http://www.apcp.com.pt/uploads/bioetica_clinica_na_diversidade.pdf)

## Notas:

[\*] O presente artigo decorre da apresentação escrita no SIMPÓSIO INVESTIGAÇÃO SOCIOLOGICA EM SAÚDE: QUESTÕES ÉTICAS, que ocorreu no 11 de Dezembro de 2015 no Instituto Superior de Ciências da Saúde — Egas Moniz | Monte de Caparica, com a Organização da Associação Portuguesa de Sociologia: Sociologia da Saúde. A parte III constitui o núcleo forte da apresentação do A. concretizada no âmbito do Congresso Internacional sobre Responsabilidade Médica: A Doutrina e a Jurisprudência, que se verificou no Anfiteatro da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, entre 16 e 17 de Janeiro de 2015, e cuja publicação está pendente da reorganização editorial da Revista 'Lex Medicinae' do Centro de Direito Biomédico da FDUC.

[\*\*] Prof. Auxiliar na Universidade de Évora (Escola de Ciências Sociais) | Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | ALDIS — Associação Lusófona de Direito da Saúde | Advogado, sócio da VRCPCSC — Advogados. Mail: vaz.rodrigues@vrcpsc.com

[\*\*\*] Cf. ID, *Black Skin, White Masks*, NY, Grove Press, 2008, pp. 201-206. Frantz Fanon foi um psiquiatra e pensador francês (nasce na Martinica, de ascendência africana) que faleceu precocemente (36 anos: 1925|1961), tendo contudo produzido um conjunto de obras notáveis, entre as quais a citada, e, ainda, designadamente, 'Pele Negra', 1952; e os 'Os Condenados da Terra' 1961. Ligado à Revolução na Argélia, onde viveu e aderiu ao Movimento de autodeterminação; foi neste sentido da rotação histórica do sul do Mundo, nos movimentos para as descolonizações, sobretudo após 1945, que F. Fanon pensa e generaliza as traves primordiais de um discurso que posso integrar em um humanismo, que o A. pretende libertador das grilhetas da culpa no processo de recaptura explicativa da história da geografia ideológico-política da humanidade (creio encontrar-lhe as adaptações existencialistas das leituras marxistas do seu tempo, com o cariz muito específico dos A. específicos das *autodeterminações*).

[1] A peculiaridade do ser humano e as suas características únicas e irrepetíveis pertencem igualmente ao discurso genético e são objecto de inúmera bibliografia científica, com especial incidência na histocompatibilidade e nos estudos de biologia genética em torno dos transplantes (um dos grandes desafios para um *pulo da medicina no séc. XXI*: entre muitos outros, cf. Pedro Silva CORREA DE MAGALHÃES; Maristela BÖHLKE; e Fernando NEUBARTH: *Complexo Principal de Histocompatibilidade (MHC): codificação genética, bases estruturais e implicações clínicas*, in *Rev. Med. UCPEL*, Pelotas, 2(1): 54-59, Jan.-Jun. 2004; ou mais recentemente, Ronald D. MILLER (Ed.) *et al*, *Miller's Anesthesia*, vol I, 8.ª Ed., Elsevier | Saunders, Ed.

[2] Seja na perspectiva de que Frantz FANON foi igualmente incipiente mas profícuo precursor no campo da psiquiatria (cf. *Ecrits sur la aliénation et la liberté: Deuxième partie, Soci-althérapie et culture: les leçons...* Ed. La Découverte, Paris, 2015, ISBN 978-2-7071-8871-7, AA. Jean KHALFA e Robert

YOUNG (Julius Silber), cf. Amazon Ed. p|Kindle; seja na perspectiva sociológica algo mais ampliada de Leonardo BENVENUTI, como superação de um padecimento pela compreensão do curso individual da incompreensão comunicacional, e, para esta, servem as múltiplas vias, que sucessivamente se prestam para o efeito: presenciais, documentais, visuais, televisivas, redes de www, etc., cf. *Lezioni di socioterapia. La persona media/afferma e media/afferma*, Ed. Baskerville, 2008 (ISBN 978-8-8800-0701-2), na sequência do anterior *Malattie Mediali: Elementi di socioterapia*, Ed. Baskerville, 2002.

[3] Cf. Bernard LONERGAN, *Insight — Estudio sobre la Comprensión Humana*, Ed. Sígueme, Salamanca, 2004 (2.ª: ISBN 84-301-1295-2), *passim*.

[4] Cf. Claude LÉVI-STRAUSS, *Mito e Significado*, Ed. 70 (trad. António Marques Bessa), 2014 (ISBN 978-972-44-1328-6), pp. 17-24.

[5] Cf. Helena SERRA, *Médicos e Poder (...)*, Almedina, 2008 (ISBN 978-972-40-3587-1), pp. 68-79 (sugerindo que se prossigam as leituras até à p. 94, e, adiante, Cap. III, pp. 349 e ss.); e Graça CARAPINHEIRO, *Saberes e Poderes no Hospital (...)*, Afrontamento|CES, 3.ª ed., 1998 (ISBN 972-36-0306-3), *passim*.

[6] Digo tendencialmente porquanto pergunto-me se muitas das intervenções que leio tantas vezes classificadas como *puras* ou de mera  *vaidade*: penso nas também apelidadas *cosméticas*, feitas à pele, ao rosto, seios, glúteos, músculos, dentes, cabelo, esterilização pura, cessação voluntária da gravidez sem motivação tipificada ou *justificativa*, etc., podem e devem ser recolocadas e requalificadas em termos compatíveis com os valores *dos dias que correm* (?). Os gerontes não são doentes mas apenas gerontes. As grávidas ou as crianças também não, mas exigem cuidados de saúde específicos, de atenção cuja inexistência inicia rebate no sino dos desleixos, dos maus-tratos. Tarde ou cedo os conceitos serão revisitados. Em Direito a corrente que impõe esse *dever* ao intérprete denomina-se *actualismo*: adaptação da norma às circunstâncias do presente, ponderando as circunstâncias em que foi produzida, de sorte a manter-se a sua razão de ser e a sua utilidade. Em termos muito simplistas, devo perguntar-me permanentemente se todo o esforço para protelar o envelhecimento, prevenir-me sobre a dor e a falência do bom funcionamento físico-psíquico, tal como a procura de uma melhoria geral do bem-estar individual — e os dos meus círculos progressivamente alargados de tutelas e de interacção (solidariedade)—, não implicam uma *ratio* holística onde as intervenções de vaidade mais extremas ficam... menos vaidosas. Agora o que existem é graus diferenciados de carência terapêutica e graus (des)proporcionados de riscos associados ao *catálogo dos possíveis caminhos da medicina* (recordo a título de exemplo, entre tantos outros, as alterações físicas levadas ao paroxismo pelo malogrado músico americano Michel Jackson). Outra discussão, outro tema, que facilmente se adivinha profícuo e alargado, oriundo desta singela nota de rodapé

[7] **Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários:**

«1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou / b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. / 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. / 4 - O procedimento criminal depende de queixa.»

E no que concerne ao art. 157.º (Dever de esclarecimento): «Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.»

[8] O *espelho falso*, de René MAGRITTE é um óleo sobre tela que se encontra no Museu de Arte Moderna de NY (1928, 54x80 cm), totalmente preenchida pela figuração retratista de um olho cuja enorme íris é um céu intensamente azul com nuvens e uma proporcionada pupila que capta a atenção do espectador com a voracidade de um buraco negro (o que provoca uma alternância permanente de miradas e, em alguns, uma involuntária aproximação). René Magritte teorizou em torno do *falso espelho*, a pretexto de outra tela, em que a pintura absorve igualmente a realidade, tomando o mesmo valor do reproduzido, pelo que a semelhança, não sublimando a realidade, persiste como espelho... falso, por reflectir algo diferente mesmo que deferente (mais, menos ou análogo) ao real retratado. Sobre esta última tela, *A Condição Humana*, escreveu o pintor: «Coloquei em frente de uma janela, vista do interior de um quarto, uma pintura representando exactamente a parte oculta pela própria pintura. Portanto, a árvore representada na pintura escondia a árvore localizada por trás dela, fora do quarto. Ela existia para o espectador, desta forma, ao mesmo tempo dentro do quarto na pintura e fora do quarto na paisagem real. Que é como vemos o mundo: este é percebido como existindo fora de nós próprios, mesmo que seja apenas uma representação mental do que sentimos.» (*apud*. Susi GABLIK, *Magritte*, London: Thames and Hudson Ltd., 1970, p. 184)

[9] O aspecto aparentemente restritivo desta excepcionalidade, todavia, é muitíssimo mais vasto do que se possa pensar, se não vejamos os seguintes casos: as urgências, os menores (incapacidade legal geral e abstracta, *colada* ao limite etário), os incapazes por decisão judicial ou por decisão do profissional de saúde (casuísticas), as excepções decorrentes das doenças de carácter epidemiológico e análogas, o estado de sítio ou de guerra... A que se associará o negativo *direito a não saber* e a iliteracia delegante da *capacidade inútil*. Enfim um mar de excepções, que, sempre que pensadas em conjunto, permitem inverter a regra em excepção e vice-versa.

[10] Sobre este ponto cego existem inúmeras fontes de informação, escolho para o ilustrar um trabalho para obtenção da licenciatura em Física, apresentado em 2009 na Universidade Católica de Brasília por Adriana CAVALCANTI, *A alfabetização científica e tecnológica de condutores e os espelhos retrovisores*, cf.

<https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjKjLfZtqTJAhXChhoKHTDDD8cQFggkMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.ucb.br%2Fsites%2F100%2F118%2FTCC%2F2%25C2%25BA2009%2FTCCAlunaFabianaCavalcanti.pdf&usq=A FQjCNHiR493aDQiBXqp50AREJjCUubcuw&sig2=u6n-aszTcCOXJKBn6TXDzw&bvm=bv.108194040,d.d24> . Trata-se de um estudo muito pedagógico e completo que conclui pela necessidade de cuidar de um aumento da literacia neste âmbito. Como refere a A., sobre os mecanismos de 'alfabetização de processos científicos e tecnológicos', «... o objetivo não é demonstrar o mundo da ciência e da tecnologia, mas sim disponibilizar meios para que o cidadão consiga trilhar seu próprio caminho, buscando soluções e alternativas para sanar dúvidas e entender de maneira clara e objetiva as aplicações tecnológicas que estão envolvidas no processo de fabricação e utilização dos produtos consumidos.»

[11] Existe um Código da Publicidade português que dá cumprimento à *harmonização comunitária* (a redacção mais recente é a introduzida pelo DL n.º 66/2015, de 29|04, sobre a versão inicial de 1990), cf. art. 13.º (Saúde e segurança do consumidor):

«1. É proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, nomeadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial susceptibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria.»

[12] Existe muita bibliografia sobre a matéria, mas sobre o erro em medicina, são clássicos incontornáveis os estudos de José FRAGATA e Luís MARTINS (entre outros), *O Erro em Medicina — Perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, Almedina, 2004, pelo lado da medicina; e do lado do Direito, invoco a dissertação de doutoramento de André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2012, § 13 'o erro em medicina e o princípio da não-maleficência, a pp. 93 e ss., onde elabora comparações com dados estatísticos oriundos de inúmeros segmentos das actividades humanas, incluindo a viação (compulsei a versão entregue à FDUC para provas); existe Ed. actualizada e organizada pela Coimbra Ed., CDBM | FDUC, 2015 (ISBN 9789723223095).

- [13] Ainda a mesma A. dá um ex.º: «A invenção do primeiro retrovisor é mérito da francesa Davy de Cussé. Na década de 1897 os automóveis fabricados mal passavam a velocidade de 40 km/h. Cussé resolveu pôr um espelho plano na parte da frente do seu carro para ver quem estava vindo atrás. No entanto, os espelhos convexos só começaram a ser fabricados um século depois, em 1970. A utilização dos espelhos de formato curvado foi uma determinação de segurança do governo americano, e ao passar dos anos todos os países do mundo inteiro adotaram a mesma tática».
- [14] Recordo aqui a última vez em que me submeti a uma ecografia com contraste (susceptível de em muito baixas percentagens ter efeitos anafiláticos, alérgicos, etc.), em que o formulário de informação/consentimento me foi apresentado na hora, como um *inquérito prévio* para o médico; este, se estava presente, não apareceu. Pessoalmente, perante isto, nem barafustei: tomei o documento com a casualidade de quem cumpre o dever, aparentei ler de soslaio e inseri-lhe uma negativa antes da declaração de que fui informado e rabisquei uma outra na do consentimento perante sequelas; nada assinaléi no local para a cruzinha sobre a indicação de sintomas prévios; e, claro, assinei. Fiquei a aguardar... Nada se passou. Fiz o exame perante a negativa, ingerindo o que me deram, após insistir sobre se estava tudo em conformidade com o que me tinham *informado*. Que sim, que fosse levantar os exames passados cinco dias (bom sinal, pensei, se existissem manifestações objectivas já não teria tão prontamente a *guia de marcha*). Eis aqui um exemplo somítico de ma das facetas pragmáticas de *capacidade inútil*. Ao caso, de facto inútil.
- [15] O efeito adverso está para o curso humano como a tempestade ou o tremor de terra; tendenciais inevitabilidades aleatórias; a questão é a de revelar os graus de risco gerais e as tendências que se vão detectando.
- [16] Sem exclusividade, tomarei aqui por todos o pensamento de Diego GRACIA, *Ética Médica* in AA. VV., Farreras ROZMAN, *Medicina Interna*, 13.ª Ed., cf. <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201035.pdf>, e como *Ética formal de bens (moral canónica, aberta e sem conteúdos, oferecida a uma inteligência 'sentiente')*, cf. <http://www.bioeticadesdeasturias.com/2013/02/dgracia-fundamentos-de-bioetica.html>. Sobre a questão, para uma apreensão rápida da dimensão dos problemas, cf. Elma ZOBOLI, *Bioética clínica na diversidade: a contribuição da proposta deliberativa de Diego GRACIA*, in *BioEthiKos* — Centro Universitário São Camilo — 2012; 6 (1), pp. 49-57, *aces*. [http://www.apcp.com.pt/uploads/bioetica\\_clinica\\_na\\_diversidade.pdf](http://www.apcp.com.pt/uploads/bioetica_clinica_na_diversidade.pdf). Na sua vertente próxima de uma *regra de ouro* (actuação abstracta recíproca: *faça como aceita te seja feito*): propõe: «*Obra (es decir, apropiate de las posibilidades) de tal manera que no utilices nunca tu realidad personal, la realidad de las demás personas y de la Humanidad en su conjunto como medios sino como fines en sí mismos*». Ver ainda Manuel SILVÉRIO MARQUES, *Os laços sem-fim e os desajustes da medicina*, in *Acta Médica Port* 2005, 18: 353-370.
- [17] O calvário de Curtis Mc Carty, condenado à morte em 1986 (decisão reiterada em 1989 e 1995) pela violação e assassinio de uma adolescente amiga, Pamela Kaye Willis, ocorrido em 1982. A condenação assentou no testemunho de uma perita forense, Joyce Gilchrist, que prestou um depoimento cientificamente demolidor ao relacionar o acusado com a presença no local do crime através da análise de cabelos e do esperma recolhido na vítima que atribuiu a Curtis Edward McCarty. Joyce Gilchrist foi investigada em 2000 e acabou por se apurar que a sua carreira de 21 anos determinou exames suspeitos de provas usadas em 3000 processos, dos quais resultaram 23 sentenças de morte, 11 das quais executadas. Envolvido neste escândalo esteve também o Procurador Robert Macy, pela ocultação de provas (procurador com uma longa e *eficaz* carreira). Em 2002 foi possível reexaminar provas (nova recolha e exames de esperma e pele nas unhas da vítima e análise de uma impressão digital ensanguentada) que afastaram as suspeitas de Mc Carty. Este esteve preso 22 anos, dos quais 19 no «corredor da morte». Foi absolvido em 2007. O *site* em ref.ª: 'Innocence Project' (org. não lucrativa) dá ligação a outros casos, cf. [https://www.google.pt/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi55NDR3rzJAhWKvBoKHVpRAWEQFggsMAU&url=http%3A%2F%2Fwww.innocenceproject.org%2Fcases-false-imprisonment%2Fcurtis-mccarty&usq=AFQjCNFG\\_m3yNOZoc5ZCjDo5CbH2is3rmQ&sig2=5IkVA5JR6UbjAdKHcAqA1A&bvm=bv.108538919,d.d24](https://www.google.pt/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi55NDR3rzJAhWKvBoKHVpRAWEQFggsMAU&url=http%3A%2F%2Fwww.innocenceproject.org%2Fcases-false-imprisonment%2Fcurtis-mccarty&usq=AFQjCNFG_m3yNOZoc5ZCjDo5CbH2is3rmQ&sig2=5IkVA5JR6UbjAdKHcAqA1A&bvm=bv.108538919,d.d24)
- [18] Um discussão muitíssimo curiosa, que não cabe aqui aprofundar, mas que segue em sentido contrário ao exposto, resulta do acesso progressivamente alargado a informação directa ou por analogia, via *www*, que, a um tempo, provoca receios junto da comunidade médica de permitir ao paciente (e seus próximos) lidarem com informação na fase em que nem sequer são *aprendizes de feiticeiro*; e também cria receios, provocados pela incomodidade com que a informação suscita curiosidades e provoca catadupas de questões com que os profissionais de saúde são confrontados e, até, testados. Acaba por arriscar redundar no mesmo: silêncio ou a utilização de um discurso excessivamente técnico, cabalístico.
- [19] A formulação aplicada de um princípio de confiança como condutor da percepção dos feixes de direitos e deveres entre paciente e profissionais de saúde tem sido teorizada entre nós pelo Professor Doutor Guilherme de OLIVEIRA, no seu ensino e escritos, e surge como matriz fundacional do que é o núcleo da disciplina autónoma de Direito da Medicina (cf. *Temas*, CDBM|FDUC n.º 1., Coimbra Ed., 2.ª ed.). Sobre a possibilidade que este Professor de Coimbra sempre pugnou sobre princípios e valores interdisciplinares, sobretudo em matérias e disciplinas emergentes, é curioso tomar em consideração o estudo de Fernando MANTOVANI, *Princípio di Affidamento nel Diritto Penale*, in AA.VV., *Estudos em Homagem do Professor Doutor Figueiredo Dias*, BFD, STVDIA IVRIDICA 98, Ad honorem — 5, I. Vol., FDUC, Coimbra Ed., 2009, pp. 421-432.
- [20] Cf. Elma ZOBOLI, *Deliberação: leque de possibilidades para compreender os conflitos de valores na prática clínica da atenção básica* [tese

livre-docência]. São Paulo: Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo; 2010, *passim*.

- [21] Cf. Carl SCHIMMT: *Terra e Mar*, trad. Alexandre Franco de Sá, Lisboa, Esfera do Caos, 2008, dedicada a sua filha, Anima Luisa, como explicação de evidência sobre o curso da História Universal.
- [22] O conceito assume progressivamente uma delimitação jurídico-científica que transcende o Direito Penal perpassando outras temáticas e, desde 1985 (data da sua formulação inicial) tem sofrido críticas e apuramentos sucessivos, especialmente quando visto de fora do sistema como meio de interpretação e certificação da funcionalidade externa, que não meramente interna dos ordenamentos, cf. Günther JAKOBS e Miguel POLAINO-LORRENTE, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Colección de Estudios n.º 38, Universidad de Colombia, 2009, ISBN EPUB 978-958-772-015-0, via Kindle|Amazon, *passim*. Pese embora toda a controvérsia em torno cf. Feliz GERZOG, *Der Staat Als Spinner: Targeted killings zerstörtes rechtsdenkens als reaktion auf den terrorismus*, e Augusto SILVA DIAS, *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa do mal? Sobre a tortura em tempos de terror*, in AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. F. Dias...* Vol I, *cit.*, pp. 371-385 e 207-254, respectivamente; pesando embora o que de inaceitável implica o recurso ao discurso do estado de excepção, verdade é que o conceito jurídico político sobre *O Direito Penal do Inimigo*, pode e deve constituir um alerta permanente sobre o balanço entre os limites hermenêuticos possíveis que, uma vez exogenamente ultrapassados, suscitam não apenas mecanismos excepcionais de justificação mas podem significar a persistência do Estado de Direito. E isto dá que pensar.
- [23] Não falo do tempo futuro em que são julgadas as acções e as suas alternativas; nem do tempo pretérito de onde provêm a apreciação das legitimações; mas do presente (vários presentes), em que as decisões são tomadas, cf. para melhor compreensão, José de FARIA COSTA, *O Direito Penal e o Tempo*, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Ed., 2005, pp. 163-190.
- [24] *Nota bene*: as expressões árabes foram copiadas de forma incorrecta exactamente para prestar *homenagem* ao que pretendo retirar da estória seguinte protagonizada por Thamshanqa Jantjie.
- [25] Cf. Slavoj ZIZEK, *Problemas no Paraíso: o comunismo depois do fim da história*, (tradução: C. Santos), Ed. Bertrand, 2015 (ISBN 978-972-25-3015-6), pp. 159 e ss., *max.* p. 161. Deixo ainda nota de que foi junto desta obra deste A. que reencontrei uma versão da anedota de onde me inspirei sobre a reiterada expressão *Nota bene*, sendo todavia da minha exclusiva responsabilidade os comentários decorrentes.
- [26] Deparei com a expressão cunhada por João CRAVINHO em entrevista concedida ao Jornal Público (de Novembro de 2015), impressivamente exposta em matéria de corrupção a certa invisibilidade de actuações que se iniciam na cortesia, passam pela solidariedade (de quem contorna um mero obstáculo), possuem por vezes até o mérito de afrontar burocracias inúteis e acabam na violação da lei e vão alimentando esse éter da corrupção de pessoas e de organizações. O *inocente útil* será então aquele que prossegue a eficácia solidária porquanto se encontra no quiosque da viabilidade: *aquele que não faz o mal por mal...* Até ao momento dos agradecimentos, mesmo dos *patacos*, onde se inicia a viragem.
- [27] Cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português...*, CDBM|FDUC, 3, Coimbra Ed., 2001, p. 464.
- [28] Acessível in <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013.aspx>.
- [29] A legislação pode ser encontrada facilmente no documento em referência: **«1| Interrupção voluntária da gravidez; 2| Realização de técnicas invasivas em grávidas (nomeadamente amniocentese, biópsia das vilosidades coriônicas, cordocentese, drenagem, amnioinfusão); 3| Esterilização voluntária (laqueação tubar e vasectomia); 4| Procriação medicamente assistida (PMA); 5| Colocação de dispositivos anti-concetivos subcutâneos intra-uterinos; 6| Administração de gamaglobulina anti-D; 7| Eletroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica; 8| Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana; 9| Testes genéticos identificados no n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 12/2005; 10| Dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana; 11| Administração de sangue, seus componentes e derivados; 12| Colheita e transplante de órgãos de dador vivos; 13| Doação de sangue; 14| Videovigilância de doentes; 15| Bancos de ADN e de outros produtos biológicos; 16| Investigação sobre genoma. 17| Investigação em pessoas; 18| Realização de atos cirúrgicos e/ou anestésicos, com exceção das intervenções simples de curta duração para tratamento de afeções sobre tecidos superficiais ou estruturas de fácil acesso, com anestesia local; 19| Realização de atos diagnósticos ou terapêuticos invasivos maiores; 20| Gravações de pessoas em fotografia ou suporte áudio ou audiovisual; 21| Uso off label de medicamentos de dispensa hospitalar; 22| Colheita, estudo analítico, processamento e criopreservação de sangue e tecido do cordão umbilical e placenta.»**
- [30] O texto do aresto corresponde à *application n.º 37873* e pode ser encontrado in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146773>
- [31] O texto do Ac. STJ encontra-se disponível no seguinte endereço web: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f80b5c5850afdfb780257d6d003027bf?OpenDocument>
- [32] *Noli me tangere* — «Não me toques!...» terá exclamado Jesus a Maria Madalena (S. João 20:16-18): «... porque ainda não subi a meu Pai, mas diz a meus irmãos que subo a meu e vosso Pai, meu Deus e vosso Deus.»
- [33] Cf. DL n.º 446/85, 25/10, (com as actualizações da legislação subsequente, cf. *site da pgd*: DL n.º 323/2001, de 17/12.
- [34] Cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...* *cit.*, p. 224

[35] As premissas em referência foram sendo abordadas no ensino de Guilherme de OLIVEIRA ao longo dos cerca de 30 anos de escritos sobre estes assuntos, cf. *Temas... cit.*, e, em matéria de cautelas, deram azo ao que escrevi em *O Consentimento... cit., máx.* pp. 423-458, máx. 442 e ss

[36] Agradeço o *nota bene* ouvido a este respeito em intervenção do Prof. Doutor José Manuel CARDOSO DA COSTA que me suscitou procurar o que segue. A inflexão *correctiva* terá decorrido das reflexões de Georg HEGEL em 1821 (*apud* Sctoot SHEERAN e Sir Nigel RODLEY, *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2014 (ISBN 978-0-203-48141-7) p. 223). Sobre o trecho concreto onde Hegel afasta a consequência, cf. G.W.F. HEGEL, *Principios de la filosofia del Derecho*, ed. esp. Ed. Sudamericana, Buenos Aires (trad. Juan Luis Vermal), Sobre *El bien y la conciencia moral*: §130 (loc. 2409), Randhom House Mondadori via Kindle; sem indicação de ISBN)